

Die Verweisung der §§ 412, 413 HGB auf die CMR

Koller, Prof. Dr. Ingo

-Problem

1. Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH^{<1>} vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, daß die §§ 412, 413 HGB unabdingbar die CMR im Fall des Selbsteintritts, im Fall der Fixkostenabrede und der Sammelladungsspedition für anwendbar erklären. Diese Ansicht wird besonders klar im 65. Band^{<2>} der amtlichen Sammlung begründet. Dort wird ausgeführt, daß Frachtführer i. S. der §§ 412, 413 HGB nicht nur der Frachtführer i. S. der §§ 425 ff. HGB, sondern auch der Frachtführer im Sinn der CMR sei. Die §§ 412, 413 HGB verfolgten nämlich das Ziel, einen Spediteur, der sein eigentliches Arbeitsgebiet, d. h. die Tätigkeit auf fremde Rechnung, verlassen habe und auf eigene Rechnung tätig werde, wegen dieser andersartigen Stellung wie einen Frachtführer zu behandeln. Dies könne nur dadurch erreicht werden, daß dem Spediteur im grenzüberschreitenden Verkehr die Rechte und Pflichten eines CMR-Frachtführers zugewiesen würden. Da die Rechte und Pflichten dieses Frachtführers gem. Art. 41 CMR zwingend seien, könnten sie nicht durch AGB abbedungen werden; denn die Abdingbarkeit der §§ 412, 413 HGB reiche nur so weit, als die Rechte und Pflichten des Frachtführers dispositiver Natur seien.

2. Kritik der Rechtsprechung

Gegen diese Ansicht hat sich eine Reihe von Instanzgerichten gewandt. Die Literatur ist verbreitet geradezu Sturm gelaufen - ein Sturm, der sich bis heute nicht gelegt hat^{<3>}. In erster Linie berief man sich darauf, daß das Speditionsrecht zum Kreis des dispositiven Rechts gehöre und daß deshalb auch die §§ 412, 413 HGB samt ihrer Verweisung auf das Frachtrecht abbedungen werden könnten^{<4>}. Mithin würden die ADSp die Anwendbarkeit der CMR jedenfalls dort ausschließen, wo der Spediteur das Gut nicht selbst befördere. In die gleiche Richtung deute der Wortlaut des § 412 I HGB, dem zufolge die Verweisung auf das Frachtrecht nur eingreife, wenn der Spediteur die Beförderung des Guts "selbst ausführe", nicht aber durch Dritte ausführen lasse^{<5>}. Außerdem habe der historische Gesetzgeber nur auf die dispositiven §§ 425 ff. HGB, nicht aber auf zwingende Vorschriften, wie die CMR, verweisen wollen^{<6>}. Es sei nicht auf alle denkbaren frachtrechtlichen Vorschriften verwiesen worden; denn jedenfalls bei Beförderung durch einen Dritten sei die Selbsteintritts-, Fixkosten- sowie Sammelladungsspedition dem Frachtvertrag nicht gleichzustellen^{<7>}. Die Gründe, die bei Beratung des ADHGB und in der Denkschrift zum Entwurf des HGB für eine Gleichstellung Spedition/Frachtgeschäft genannt worden seien^{<8>}, könnten nicht einleuchten^{<9>}; denn auch der Fixkostenspediteur könne keinen unangemessen hohen Gewinn erzielen. Der Auftraggeber sei ausreichend durch § 407 HGB geschützt.

Die Anwendung von Frachtrecht auf die Fixkostenspedition sei weiterhin deshalb unpassend, weil bei Abschluß des Vertrages häufig nicht feststehe, auf welche Weise das Gut transportiert werde^{<10>}. Im Falle eines multimodalen Verkehrs werde höchst unpraktikabel auf eine Vielzahl von Frachtrechten verwiesen^{<11>}. Der Spediteur werde durch die zwingende Verweisung auf die CMR vielfach unzumutbar belastet, weil Regresse gegen den ausführenden Frachtführer in der Regel wegen des unbekannten Schadensortes oder wegen der Schwierigkeit, Ansprüche gegen ausländische Unternehmen durchzusetzen, ohne Erfolg blieben. Der Versender könne und werde beim grenzüberschreitenden Transport das Schadensrisiko transportversichern. Es komme daher zu kostentreibenden Doppelversicherungen, wenn der Spediteur zwingend haften müsse, da der

Spediteur das gleiche Schadensrisiko auch haftpflichtversichern werde. Schließlich widerspreche es der CMR als einer Regelung, die auf Rechtsvereinheitlichung angelegt sei, die Rechtsvereinheitlichung dadurch zu gefährden, daß auch der Spediteur, der nicht selbst transportiere, der CMR unterworfen werde^{<12>}.

3. Der Gang der Untersuchung

Der Kritik ist zuzugestehen, daß der BGH methodisch nicht einleuchtend begründet hat, wie es dazu kommt, daß eine dispositive Vorschrift dadurch zu zwingendem Recht wird, daß sie auf zwingendes Recht verweist. Dies hängt wohl damit zusammen, daß man die Rechtsnatur der Verweisung in den §§ 412, 413 HGB noch nicht ganz klar erkannt hat. In einem ersten Schritt soll daher die Funktion der Verweisung herausgearbeitet werden. In einem zweiten Schritt ist dann darzulegen, ob die gesetzliche Konzeption auch heute noch zu respektieren ist. Schließlich sind daraus die Folgerungen für die Anwendbarkeit der CMR zu ziehen.

II. Die Rechtsnatur der Verweisungen der §§ 412, 413 HGB

1. Alternativen

Vor allem die Kritiker der BGH-Rechtsprechung scheinen in den Verweisungen der §§ 412, 413 HGB eine Art Kürzel zu sehen. Sie scheinen davon auszugehen, daß sich der Gesetzgeber, so wie z. B. in § 347 BGB, eine ausgearbeitete Rechtsfolgenbestimmung erspart habe und der Einfachheit halber global das Frachtrecht für anwendbar erklärt habe. Geht man von diesem Ansatz aus, so erschließen die §§ 412, 413 HGB dem Frachtrecht außerhalb seines eigentlichen Geltungsbereichs einen zweiten, in sich selbständigen Anwendungsbereich, dessen Besonderheit nur darin liegt, daß für ihn die gleichen Regeln wie für das Frachtgeschäft gelten.

Es ist jedoch auch daran zu denken, daß die §§ 412, 413 HGB eine Antwort des Gesetzgebers auf die Typenvermischung in der Form der Typenverschmelzung sind. Der HGB-Gesetzgeber ging von zwei Grundtypen des Transportgeschäfts aus: einmal von der Geschäftsbesorgungsspedition^{<13>}, der zufolge der Spediteur nur die Organisation des Transports auf fremde Rechnung und nicht die Überwindung der Entfernung, also den Transport selbst, verspricht; zum anderen vom Frachtvertrag, in dem der Frachtführer bzw. Verfrachter die Ortsveränderung und Handeln auf eigene Rechnung verspricht. Wie immer können grundsätzlich die im Gesetz geregelten Vertragstypen durch Vereinbarung der Parteien mannigfach abgewandelt werden, sei es dadurch, daß Leistungen, die zu verschiedenen Vertragstypen gehören, gehäuft werden, sei es z. B. dadurch, daß eine einzige Leistung vereinbart wird, die so gestaltet ist, daß sie gewissermaßen zwischen zwei gesetzlich geregelten Typen steht. Als Beispiel hierfür ist die gemischte Schenkung zu nennen.

Die Rechtsfolgen typengemischter Verträge sind im Gesetz nicht näher geregelt. Es gelten vielmehr die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Behandlung typengemischter Verträge^{<14>}. Wie diese Grundsätze zu lauten haben, ist im einzelnen noch nicht geklärt. Es haben sich noch keine festen Kriterien dafür herausgebildet, ob und in welchem Umfang die gesetzlichen Regeln des einen oder des anderen Vertragstyps angewandt werden müssen. Immerhin läßt sich die Aussage machen, daß von Fall zu Fall wertend zu prüfen ist, wie weit die Anwendung der Normen des einen oder des anderen gesetzlich geregelten Vertragstyps oder deren Nichtanwendung dem Sinn des Vertrages, den Zwecken und den begründeten Erwartungen der Parteien gerecht wird^{<15>}. Dabei wird man wegen des Gebots der kongruenten Bewertung^{<16>} die Vorschriften eines Vertragstyps in der Tendenz um so eher für die Lösung eines konkreten Regelungsproblems heranziehen müssen, je mehr der Vertrag oder das Regelungsproblem diesem Vertragstyp zuneigt^{<17>} und je weniger sich aus Zweck und Sinnzusammenhang der gesetzlichen Regelung Anhaltspunkte für eine Klärung der konkreten Streitfrage entnehmen lassen^{<18>}. In Hinblick auf die zwingende Geltung der Normen eines Vertragstyps kommt es maßgeblich auf den Schutzzweck der zwingenden Norm an^{<19>}.

2. Selbsteintritt

a) Leitende Merkmale des Speditionsvertrags- und Frachtvertragstypus

Der Speditionsvertrag ist als gesetzlich geregelter Typus eine Variante des Kommissionsvertrages. Er ist daher ebenso wie der Kommissionsvertrag durch die Elemente Handeln auf fremde Rechnung", "Fremdnützigkeit des Handelns" und "Abschluß von Ausführungsgeschäften" geprägt²⁰. Der Frachtvertrag ist dagegen dadurch gekennzeichnet, daß der Frachtführer im wesentlichen auf eigene Rechnung handelt und einen Beförderungserfolg durch die Beförderung selbst herbeizuführen hat. Zwischen beiden Vertragstypen bestehen mithin elementare Unterschiede.

b) Die Umgestaltung des Speditionsvertrages durch Selbsteintritt

Der Selbsteintritt des § 412 HGB ist eine Variante des Selbsteintritts i. S. der §§ 400 ff. HGB. In beiden Varianten des Selbsteintritts schlüpft der Spediteur bzw. der Kommissionär, soweit er selbst ausführt, aus der Rolle des reinen Geschäftsbesorgers in die Rolle des Partners des Ausführungsgeschäfts, d. h. bei der Spedition in die Rolle des Frachtführers. Würde man davon ausgehen, daß der Spediteur auch bei eigener Ausführung des Transports seiner Rolle als Geschäftsbesorger treu bliebe, so hätte dies zur Konsequenz, daß der Spediteur aus dem Transport keinen Gewinn ziehen dürfte, daß er dann nur Ersatz seiner Selbstkosten verlangen dürfte (§ 670 BGB). Andererseits dürfte er dann aber unvorhergesehen gestiegene Kosten voll auf den Versender abwälzen. An ersterem ist der Spediteur nicht, an letzterem in aller Regel der Versender nicht interessiert, der vom Abschluß von Frachtverträgen mit Dritten zu festen Preisen ausgeht. Gäbe es den § 412 HGB nicht und würden die Parteien vereinbaren, daß der Spediteur den Transport selbst ausführen darf, so müßte man deshalb im Interesse beider Vertragspartner zum Ergebnis kommen, daß der Spediteur, der diese Befugnis wahrnimmt, das Gut in der Rolle des Frachtführers befördert. Genau diese Regelung trifft § 412 II HGB, der in Abs. 1 dem Spediteur trotz der Gefahr gravierender Interessenkonflikte ohne besondere Abrede die Möglichkeit eröffnet, die Funktion eines Frachtführers zu übernehmen. In der Erlaubnis zum Selbsteintritt und in der Regelung der Vergütung erschöpft sich die eigenständige Bedeutung des § 412 HGB. Hat sich der Spediteur entschlossen, das Gut selbst zu befördern, und hat er wirksam den Selbsteintritt erklärt, so wandelt sich der Speditionsvertrag kraft der Gestaltungserklärung des Spediteurs teilweise in einen Frachtvertrag um. Da die Rolle des Frachtführers, wie § 432 I HGB zeigt, nicht durch eine höchstpersönliche Erfüllung der Transportpflicht gekennzeichnet ist, ändert sich an der Anwendung von Frachtrecht nichts dadurch, daß der Spediteur nicht selbst transportiert, sondern auf eigene Rechnung dritte Unternehmen einschaltet (sogenannter unechter Selbsteintritt). § 412 II HGB ist somit lediglich ein gesetzlich geregelter Fall der für Typenkombinationsverträge geltenden Grundsätze.

3. Sammelladungsspedition (§ 413 II HGB)

Das für den Selbsteintritt Ausgeführte gilt auch für § 413 II HGB. Die Bewirkung der Versendung auf eigene Rechnung ist eine Art des Selbsteintritts und wegen der Gefahr von Interessenkonflikten²¹ eine Art der Fixkostenspedition²². Auch hier tritt der Spediteur aus seiner Rolle als Geschäftsbesorger, der auf fremde Rechnung in fremdem Interesse handelt, heraus und agiert wie ein Frachtführer auf eigene Rechnung. Anders als beim Selbsteintritt wird bei der Sammelladungsspedition erst mit der Bewirkung der Versendung entschieden, daß der Spediteur in Hinblick auf bestimmtes Gut die Funktion des Frachtführers übernimmt; denn der bloße Abschluß des Beförderungsvertrages weist, weil er auf eigene Rechnung erfolgt, nicht eindeutig auf einen bestimmten Versender. Die Elemente des Frachtvertrages überwiegen daher erst von der Bewirkung der Versendung an. § 413 II HGB ordnet deshalb auch hier im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen für die Behandlung von Vertragstypenkombinationen generalisierend²³ die Anwendung von Frachtrecht an. Die selbständige Relevanz des § 413 II HGB liegt demnach auch hier nicht primär in der Verweisung auf das Frachtrecht, sondern in der Erlaubnis, aus der vertraglich vereinbarten Rolle als Spediteur teilweise auszuscheren, sowie in der Regelung der Vergütungsfrage.

4. Fixkostenspedition (§ 413 I HGB) § 413 I HGB ist dadurch gekennzeichnet, daß die Vorschrift einerseits auf einen Spediteur zugeschnitten ist, daß die Vorschrift aber andererseits ausschließlich und für die Dauer der gesamten Vertragsabwicklung auf Frachtrecht verweist. Im Licht der Ausführungen zur Vertragstypenkombination und -vermischung erscheint dies auf den ersten Blick wenig einleuchtend. Es liegt daher nahe anzunehmen, daß § 413 I HGB keine Konsequenz allgemeiner Rechtsgrundsätze darstellt, sondern den Anwendungsbereich des Frachtrechts erweitern soll. Bei näherer Betrachtung läßt sich diese Vermutung jedoch nicht voll bestätigen. § 413 I HGB regelt vielmehr im Kern einen typischen Fall der Vertragstypenvermischung mit dem Schwerpunkt im Frachtrecht. Diese These wird verständlicher, wenn man § 413 I HGB vor dem Hintergrund denkbarer Typenübergänge vom Speditionsvertrag zum Frachtvertrag betrachtet. Der Grundtyp des Speditionsvertrages ist durch die Elemente "Handeln auf fremde Rechnung", "fremdnütziges Handeln gemäß den Interessen des Versenders", "Organisation des Transports durch Abschluß von Verträgen" gekennzeichnet. Der Frachtvertrag wird dagegen durch die Elemente "Handeln auf eigene Rechnung" und "Herbeiführung des Beförderungserfolges durch Ortsveränderung" geprägt. Die fremdnützige Geschäftsbesorgung spielt beim Frachtvertrag nur eine sekundäre Rolle. Es stellt daher einen ersten Schritt in Richtung auf den Frachtvertrag dar, wenn es dem Spediteur erlaubt sein soll, Rabatte aus dem Abschluß von Ausführungsgeschäften für sich zu behalten, weil der Spediteur dann partiell auf eigene Rechnung agiert und der Anreiz geschwächt wird, denjenigen Frachtführer einzuschalten, dessen Tätigkeit am meisten im Interesse des Versenders liegt. Ein weiterer Schritt hin zum Frachtvertrag wird gemacht, wenn die Parteien vereinbaren, daß der Spediteur den Transport durch Ausführungsgeschäfte fremdnützig, aber auf eigene Rechnung organisieren soll. Weniger nahe beim Frachtvertrag befindet man sich, wenn der Spediteur lediglich die Obergrenze der ersatzpflichtigen Aufwendungen garantiert, da er dann ja verpflichtet bleibt, im Interesse des Versenders nach Möglichkeit für die Unterschreitung dieses Höchstbetrages zu sorgen. Stärker zum Frachtrecht tendiert dagegen ein Vertrag, in dem der Spediteur das Risiko des Abschlusses eines passenden Ausführungsgeschäfts übernimmt und außerdem sämtliche Aufwendungen aus eigener Tasche zu zahlen hat. Der Spediteur handelt dann nämlich voll auf eigene Rechnung. Der Unterschied zum Frachtvertrag liegt nur darin, daß er nicht die Herbeiführung des Beförderungserfolges verspricht. Ähnlich gering ist der Abstand zum Frachtgeschäft auch dort, wo der Spediteur auf eigene Rechnung die Ausführung des Transports unter der Bedingung verspricht, daß ein Ausführungsgeschäft möglich ist. § 413 I HGB betrifft eine Variante der Typenvermischung, nämlich den Fall, daß der Spediteur nicht nur eine Obergrenze der Beförderungskosten garantiert, sondern daß er einen festen Satz vereinbart. Die Vereinbarung des festen Satzes hat zur Folge, daß der Spediteur nicht mehr auf fremde Rechnung handelt, da er Kosten und Risiken der Ausführung des Transports nicht mehr abwälzen kann und da er den Gewinn behalten darf. Die Abrede hat weiter faktisch zur Folge, daß sich der Spediteur im Zweifel nicht mehr voll an den erkennbaren oder mutmaßlichen Interessen des Versenders orientieren wird²⁴. Die Kommission zur Beratung eines ADHGB²⁵ hat deshalb zu Recht hervorgehoben, daß dem Spediteur durch die Vereinbarung eines festen Satzes "die Möglichkeit gegeben (werde), mit den wohlfeilsten Mittelspersonen zugleich auch die minder zuverlässigen auszuwählen", bzw. daß "der Spediteur durch sein Bestreben, den Transport möglichst wohlfeil ausgeführt zu erhalten, minder umsichtig in der Auswahl der Personen sein werde und den Versender beschädigen könne". Das Element der Fremdnützigkeit spricht demnach nur sehr schwach für die Anwendung speditionsrechtlicher Vorschriften²⁶, während das Handeln auf eigene Rechnung den Schwerpunkt vieler Regelungsprobleme in Richtung auf das Frachtrecht verlagert²⁷. Im Bereich des Kommissionsrechts, in dem eine Parallelvorschrift zu § 413 I HGB fehlt, ist man denn auch allgemein der Ansicht, daß die bloße Vereinbarung einer

Höchstgrenze ersatzfähiger Aufwendungen der Anwendung von Kommissionsrecht nicht entgegensteht^{<28>}, daß aber die Vereinbarung fester Preise für die Ausführung der Kommission das Kommissionsgeschäft zum Kaufvertrag macht^{<29>}. Redliche Parteien wünschen im Zweifel einen Gleichlauf der Gewinnchancen mit den Verlustrisiken. Es spricht mithin alles dafür, § 413 I HGB nicht nur als Verweisungsnorm, sondern in erster Linie als gesetzliche Regelung einer Typenvermischung zu qualifizieren^{<30>}, die im Einklang mit den allgemeinen Regeln der Behandlung von Mischverträgen steht. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß der Spediteur, der zu festen Kosten abschließt, nicht die Beförderung selbst verspricht. In der Kommission zur Beratung eines ADHGB^{<31>} war man zwar zu dem Ergebnis gelangt, daß der Spediteur seine Eigenschaft als Spediteur nicht schon durch die Vereinbarung fester Kosten verliere. Vielmehr hänge es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob das konkrete Geschäft mehr zum Speditions- oder mehr zum Frachtgeschäft tendiere. Dabei hat man aber zu wenig berücksichtigt, daß der Spediteur, wirtschaftlich gesehen, nahezu wie ein Frachtführer das Risiko des Transporterfolges zu tragen hat; denn der Spediteur ist mit zumutbaren Anstrengungen verpflichtet, ein Ausführungsgeschäft mit einem Frachtführer abzuschließen. Wegen der Vereinbarung fixer Kosten darf er sich nicht darauf berufen, daß die Frachtführer eine unvorhergesehene hohe Vergütung verlangen^{<32>}. Solange also auf dem Transportmarkt Kapazitäten frei sind, kann der Versender damit rechnen, daß der Spediteur den Transporterfolg bewirkt. Der Unterschied zum Frachtvertrag besteht letztlich nur darin, daß der Versender das Risiko der Unmöglichkeit der Einschaltung geeigneter Frachtführer auf sich zu nehmen hat und daß grundsätzlich der Versender die Preisgefahr bei Unmöglichkeit der Beförderung nach Abschluß des Frachtvertrages und Übergabe des Guts an den Frachtführer zu tragen hat^{<33>}. Der Umstand, daß der Fixkostenspediteur nicht den Transport, sondern nur die Organisation des Transports versprochen hat, führt also nicht zu einer allgemeinen Schwerpunktverlagerung in Richtung Speditionsvertrag. Vielmehr zeigt sich, daß die Fixkostenspedition mit dem Speditionsvertrag nur mehr geringe Berührung hat. Von daher ist es verständlich, daß der HGB-Gesetzgeber darauf verzichtet hat, die Fixkostenspedition als Fall der Typenmischung etwa in der Weise des § 412 II HGB differenziert zu behandeln. Er hat also z. B. darauf verzichtet, den Spediteur für die Obhut über das Gut und für den sonstigen Transportablauf wie einen Frachtführer haften zu lassen und die Preisgefahr in Fällen objektiver Unmöglichkeit der Regel des § 409 HGB zu unterwerfen^{<34>}. Vielmehr wollte er gezielt die Fixkostenspedition als Mischform des Speditions- und Frachtvertrages zur Vereinfachung der Rechtslage einheitlich demjenigen Vertragstypus unterstellen, dem die Fixkostenspedition am nächsten stand^{<35>}. Dieser Vertragstypus war nach Ansicht des historischen Gesetzgebers und ist auch nach den heute anerkannten Rechtsregeln der Frachtvertrag. Dabei konnte der HGB-Gesetzgeber zutreffend darauf hinweisen, daß in vielen Fällen der Vereinbarung fester Sätze eine Unterscheidung zwischen Spedition und Frachtvertrag nur mit erheblicher Willkür möglich ist. Von daher ist es auch konsequent, § 413 I HGB auf Spezialformen des Frachtgeschäftes jedenfalls analog anzuwenden^{<36>}. Eine Ausnahme mag dort gelten, wo die Parteien von vornherein vereinbart haben, daß das Gut durch einen Unternehmer befördert wird, der ein Monopol besitzt und zwingend die Konditionen vorgibt, weil der Spediteur dann nicht zu Lasten des Versenders zu agieren vermag^{<37>}. Als Zwischenergebnis läßt sich mithin festhalten, daß § 413 I HGB nicht eine Vorschrift darstellt, die einen selbständigen, eigenständigen Regelungsbereich dem Frachtrecht unterstellt, sondern eine Vorschrift, die der Praktikabilität wegen auf einen typengemischten Vertrag mit nahezu vollem Gewicht im frachtrechtlichen Bereich ausschließlich Frachtrecht für anwendbar erklärt. Der eigenständige Regelungsgehalt des § 413 I HGB liegt mithin nicht darin, daß der Spediteur überhaupt, z. B. in Hinblick auf die Obhut über das Gut, wie ein Frachtführer behandelt wird, sondern darin, daß die speditionsrechtlichen Vorschriften auch dort

verdrängt werden, wo noch überwiegend speditonsrechtliche Züge feststellbar sind. III. Die Abdingbarkeit der §§ 412, 413 HGB 1. Grundsatz Die §§ 412 f. HGB stellen auf den ersten Blick wie das übrige Speditonsrecht dispositives Recht dar. Diesen Charakter haben die §§ 412 f. HGB nicht ohne weiteres dadurch verloren, daß das Frachtrecht, auf das verwiesen wird, zwingender Natur ist. Das wird besonders in den Fällen deutlich, in denen eine Verweisung für den Gesetzgeber nur das Mittel ist, in einem selbständigen Regelungsbereich in abgekürzter Form, eben durch eine Verweisung, die Rechtsfolgen festzusetzen. Die Unabdingbarkeit der Verweisung als Kürzel für Rechtsfolgen kann sich dann nicht aus den Rechtsfolgen der Normen, auf die verwiesen wird³⁸, sondern nur aus den Besonderheiten des Regelungsbereichs der verweisenden Norm ergeben³⁹; denn es kann ohne weiteres sein, daß der Rechtsgedanke (z. B. Verbraucherschutz), der bei den Normen, auf die verwiesen wird, zur Unabdingbarkeit geführt hat, im Regelungsbereich der verweisenden Norm keinerlei Rolle spielt. Sieht man in den §§ 412, 413 HGB hingegen eine gesetzliche Regelung der Typenkombination und Typenverschmelzung, so vermag die zwingende Natur dieser Vorschriften im Ansatz einzuleuchten, soweit die §§ 412, 413 HGB den Grundsätzen der Behandlung gemischter Verträge entsprechen⁴⁰. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Behandlung typengemischter Verträge sind nämlich so wenig wie die Grundsätze des Analogieschlusses dispositiv. Wenn nach diesen Grundsätzen bestimmte Vorschriften eines zwingend geregelten Vertragstyps zum Tragen kommen, so sind diese zwingenden Vorschriften im Rahmen des gemischten Vertragstyps ebenso vertraglichen Vereinbarungen entzogen, als ob sich die Abreden voll im Regelungsbereich des zwingend geregelten Vertrages bewegt hätten⁴¹. Man könnte nun zwar behaupten, daß eine Verweisungsvorschrift, die voll mit den Grundsätzen über die Behandlung gemischter Verträge im Einklang steht, abdingbar sei. Dann kämen aber diese allgemeinen Rechtsgrundsätze unmittelbar zum Tragen und würden zum gleichen Ergebnis führen. Es ist daher eleganter, die Verweisungsnorm, die den allgemeinen Grundsätzen der Behandlung typengemischter Verträge entspricht, ebenfalls für unabdingbar zu erklären. Anders ist die Situation dort, wo eine Verweisungsnorm, z. B. aus Praktikabilitätsgründen, über diese Grundsätze hinausgeht. Dort besteht kein Anlaß, die Dispositivität der Vorschrift zu verneinen und den Parteien keine Gelegenheit zu geben, die gesetzgeberischen Praktikabilitätsabwägungen anders zu gewichten⁴². Die Gründe, die zur Schaffung des zwingenden Rechts geführt haben, geraten dadurch nicht ins Hintertreffen. Die zwingenden Normen sind nämlich - trotz Abbedingung der Verweisungsvorschrift - nach den allgemeinen Grundsätzen der Behandlung typengemischter Verträge anzuwenden. 2. Folgerungen a) Selbsteintritt § 412 II 1. Halbs. HGB gibt letztlich nur die Grundsätze der Behandlung von Typenkombinationsverträgen wieder⁴³. Eine darüber hinausgehende Verweisungsfunktion ist nicht erkennbar. § 412 II HGB ist daher jedenfalls insoweit unabdingbar, als die Vorschrift auf zwingendes unvereinheitlichtes Recht verweist. b) Fixkostenspedition Der HGB-Gesetzgeber hat den Fixkostenspediteur der Einfachheit halber⁴⁴ voll dem Frachtrecht unterstellt. Er ging damit - wenn auch nicht weit - über die Grundsätze der Behandlung typengemischter Verträge hinaus. Das Ziel der Vereinfachung erlaubt es weder für sich noch unter Hinweis auf den zwingenden Charakter des Rechts, auf das verwiesen wird, die Verweisungsnorm für unabdingbar zu erklären. § 413 I HGB ist deshalb abdingbar. An die Stelle des § 413 I HGB treten im Fall einer Derogation die Regeln über die Behandlung typengemischter Verträge. c) Sammelladungsspedition § 413 II 1 HGB stellt ebenso wie § 413 I HGB eine Erweiterung der allgemeinen Grundsätze über die Behandlung gemischter Verträge dar. § 413 II 1 HGB ist daher ebenfalls abdingbar, ohne daß sich der Spediteur dadurch dem zwingenden Frachtrecht voll entziehen kann. IV. Die Besonderheit der Typenmischung bei CMR Verträgen 1. Allgemeines Die CMR gehört zur Kategorie des Internationalen Einheitsrechts. Sie sollte daher möglichst unabhängig von individuellen nationalen Rechtsvorstellungen ausgelegt, Lücken

sollten möglichst ohne Rückgriff auf nationales unvereinheitlichtes Recht aus dem Einheitsrecht heraus geschlossen werden^{<45>}. Von daher erscheint es als bedenklich, den Anwendungsbereich der CMR auf der Grundlage deutscher Vorstellungen über die Behandlung typengemischter Verträge nachhaltig zu erweitern^{<46>}. Bei näherer Betrachtung lassen sich diese Bedenken jedoch gänzlich zerstreuen. Zum einen scheint die Entwicklung in den Vertragsstaaten dahin zu gehen, unter die Begriffe "every contract for the carriage tout contrat de transport"^{<47>} in Art. 1 I CMR auch bestimmte Formen des Speditionsrechts zu subsumieren^{<48>}. So wird in England die Auffassung vertreten, daß es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob die CMR eingreife. Dort, wo der "Spediteur" Angebote zu festen Sätzen mache, der Kunde nur an Pauschalpreisen interessiert sei und der "Spediteur" nicht zur Rechenschaftslegung verpflichtet sei, müsse der "Spediteur" im Zweifel als Frachtführer im Sinn der CMR behandelt werden^{<49>}. Es soll unerheblich sein, ob der "Spediteur" in der Lage ist, den Transport mit eigenen Kräften durchzuführen^{<50>}. Ähnlich entscheidet das belgische Recht. Danach löst das Handeln auf eigene Rechnung die Anwendung von Frachtrecht aus^{<51>}. Auch nach umstrittener holländischer Auffassung spricht der Umstand, daß nur die fest ausgehandelten Sätze berechnet werden dürfen, dafür, daß der Unternehmer Frachtführer im Sinn der CMR ist^{<52>}. Das gleiche gelte, wenn der Unternehmer den Transport nicht als Aufwendungsersatzanspruch in Rechnung stelle. Es zeigt sich somit, daß die Rechtsentwicklung im Rahmen der CMR - soweit ersichtlich - in gewissem Umfang dahin tendiert, die CMR nicht ausschließlich auf den reinen Frachtführer, sondern auch auf den Spediteur, der wesentliche Frachtführerfunktionen übernommen hat, anzuwenden. Diese Deutung der CMR leuchtet ein; denn das Ziel der Rechtsvereinheitlichung auf dem Transportmarkt wäre nur sehr unvollkommen erreicht, wenn der Umstand, daß der konkrete Vertrag in geringem Umfang auch Elemente eines anderen Vertrages als eines Frachtvertrages enthält, zur Unanwendbarkeit der CMR führen würde. Es mag sein, daß die internationale Rechtsentwicklung noch nicht so weit ist, die CMR in dem Umfang auf Speditionsverträge anzuwenden, wie dies nach den deutschen Grundsätzen über die Behandlung gemischter Verträge am Platz ist. Dies stellt aber kein Hindernis für die Berücksichtigung der weiter gehenden deutschen Grundsätze dar. Die Erörterung zur internationalen Rechtsentwicklung hat gezeigt, daß die CMR ihre Regeln keineswegs ausschließlich auf den reinen Frachtführer zugeschnitten hat. Die CMR ist - mit anderen Worten nicht als abschließende Regelung konzipiert, die sowohl ein Minimal- als auch ein Maximalprogramm enthält^{<53>}. Die CMR dient der Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Frachtrechts^{<54>}. Sie soll sicherstellen, daß nicht von Staat zu Staat unterschiedliche frachtrechtliche Regelungen gelten. Deshalb darf das Vereinheitlichungsziel der CMR nicht durch nationale Rechtsgedanken ausgehöhlt werden. Der Vereinheitlichungseffekt der CMR auf dem Gebiet des Frachtrechts wird jedoch nicht in Frage gestellt, wenn die CMR in den Bereich des unvereinheitlichten Speditionsrechts hinein ausgedehnt wird. Es wird dann nur nationales unvereinheitlichtes Speditionsrecht durch andere auf diesem Gebiet unvereinheitlichte Rechtsregeln ersetzt^{<55>}. Aus der Tatsache, daß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Behandlung gemischter Verträge die CMR als nächstliegende vertragstypische Regelung auf bestimmte Speditionsverträge anzuwenden ist, ergibt sich nicht, daß dies unabdingbar erfolgen muß, daß - mit anderen Worten - auch Art. 41 CMR herangezogen werden muß. Vielmehr ist hier der Grundsatz zu beachten, daß im Rahmen gemischter Verträge zwingende Vorschriften nur so weit eingreifen, als ihr Sinn, ihr Schutzzweck, reicht^{<56>}. Läge der Sinn der zwingenden Geltung der CMR nur darin, zu verhindern, daß der mühsam errungene gesetzgeberische Kompromiß der Vertragsstaaten durch privatautonome Vereinbarungen außer Kraft gesetzt wird^{<57>}, so ließe sich die zwingende Wirkung der CMR nicht auf das Speditionsgeschäft erstrecken; denn die Vertragsstaaten der CMR haben dann eben einen bzw. Transporteur-Vertrages und nicht auf der

Ebene des Speditionsvertrages gesucht und gefunden. Gleiches würde gelten, falls man davon ausgeht, daß die Unabdingbarkeit die Kosten des Aushandelns von Carrier Verträgen senken und die Kalkulierbarkeit der Vertragsrisiken von Carrier-Verträgen erhöhen sollte, weil sich der gewünschte Rationalisierungseffekt auch hier nur für den Carrier-Vertrag nachweisen ließe. Loewe⁵⁸, der ander Ausarbeitung der CMR maßgeblich beteiligt war, sieht die Funktion des Art. 41 CMR hingegen in dem Schutz des wirtschaftlich Schwächeren und in der Dämpfung des Konkurrenzkampfs. Die amtliche Denkschrift zur CMR⁵⁹ hebt hervor, daß Art. 41 nicht nur rechtliche, sondern auch verkehrspolitische Bedeutung habe, weil die zwingenden Preistarife nicht durch günstigere Beförderungsbedingungen umgangen werden sollen. Es wird auch erwähnt, daß durch die CMR eine gewisse Einheitlichkeit der Beförderungsbedingungen im europäischen Eisenbahn- und Straßengüterverkehr erreicht werde, die im Hinblick auf den Wettbewerb zwischen Schiene und Straße von Bedeutung sei. Es spricht daher vieles dafür, die Funktion der CMR jedenfalls auch im Schutz des potentiell schwächeren Vertragspartners sowie im Schutz der Schiene zu sehen. Nimmt man diesen Standpunkt ein, so ist die zwingende Wirkung der CMR auch auf die im Schwerpunkt dem Frachtrecht nahestehenden Speditionsverträge zu erstrecken. Das Schutzbedürfnis des Versenders, der einem starken, auf eigene Rechnung handelnden Spediteur gegenübertritt, ist genauso hoch wie bei einem Vertrag mit einem Frachtführer. Umgekehrt gilt dasselbe, weil der Spediteur, der auf eigene Rechnung tätig wird, ebenso wie ein Frachtführer erhöhte Risiken eingeht. Auch unter dem Aspekt der Marktbeeinflussung liegt eine Erstreckung der zwingenden Wirkung i. S. des Art. 41 CMR; denn ein Spediteur, der auf eigene Rechnung dem Versender günstigere Bedingungen bietet, wird von der Bahn auch dann - wie ein Frachtführer Kunden abziehen, wenn er selbst in seinem Vertrag mit dem Carrier zu CMR-Konditionen kontrahiert⁶⁰. Ein effizienter Wettbewerbsschutz der Bahn erfordert daher eine Erstreckung des Art. 41 CMR. Es läßt sich somit festhalten, daß die Einwände gegen die Heranziehung der Grundsätze über die Behandlung typengemischter Verträge nicht stichhaltig sind. Diese Grundsätze entsprechen im Kern international verbreiteten Rechtsgedanken. Sie gehören also schon heute in mehreren Ländern zum Auslegungskanon der CMR. Jedenfalls stellt ihre Anwendung im Verhältnis zum Speditionsrecht keine Verletzung des Gedankens der Rechtsvereinheitlichung dar.

2. Folgerungen a) Selbsteintritt Wie oben gezeigt wurde, entspricht § 412 II 1 HGB den allgemeinen Grundsätzen über die Behandlung gemischter Verträge⁶¹. Der Spediteur verwandelt den Vertrag durch einen Gestaltungsakt in Form des Selbsteintritts partiell in einen Frachtvertrag. Er übernimmt also die Rolle des Frachtführers in dem Umfang, in dem bei der Geschäftsbesorgungskommission ein Frachtführer eingeschaltet und tätig geworden wäre. In diesem Ausmaß liegt das Schwergewicht des Speditionsvertrages eindeutig bei der spezifisch frachtrechtlichen Tätigkeit, so daß insoweit die CMR zwingend anzuwenden ist.

b) Sammelladungsspedition Der Spediteur, der auf eigene Rechnung den Transport durch einen Frachtführer ausführen läßt, wird bei Ausführung des Transports schwerpunktmäßig als Frachtführer tätig; denn die Frachtführertätigkeit ist nicht dadurch geprägt, daß der Frachtführer den Transport mit eigenen Mitteln abwickelt (§ 432 HGB, Art. 3 CMR). Wird § 413 II HGB abbedungen, so kommt freilich nur in eingeschränktem Maß Frachtrecht zum Tragen, also lediglich dort, wo der Sammelladungsspediteur im Schwerpunkt die Rolle eines Frachtführers übernommen hat. Der Sammelladungsspediteur verlagert, wie dies auch § 413 II HGB vorsieht, spätestens in dem Moment seine Tätigkeit auf die Rolle eines Frachtführers, in dem er die Versendung "bewirkt". Von diesem Moment an wird er in Hinblick auf den Schutz des Guts vor Transportgefahren, auf die Befolgung von Weisungen, auf die Bewältigung von Beförderungs- und Ablieferungshindernissen schwerpunktmäßig frachtrechtlich tätig. Es greifen daher trotz einer Derogation des § 413 II HGB zwingend die Art. 17 bis 33 CMR ein. In Hinblick auf die übrigen Vorschriften der CMR ist zu differenzieren. Da der Abschluß

des Vertrages zwischen Versender und Spediteur erfolgt, bevor feststeht, daß der Transport im Weg der Sammelladung bewirkt wird, liegt der Vertragsschluß noch schwerpunktmäßig auf der Ebene des Speditionsrechts. Die Art. 4 bis 9 CMR sind daher nach einer Derogation des § 413 II HGB nicht heranzuziehen. Auch die Art. 10, 11 CMR sind auf den Versender nicht anzuwenden; denn der Versender bewegt sich bei Vertragsschluß zunächst auf der Ebene des Speditionsvertrages und betrachtet den Spediteur gerade in Anbetracht der Beförderungstauglichkeit des Transportguts als seinen Interessenwahrer. Der Spediteur begibt sich als Geschäftsbesorger erst von dem Zeitpunkt an schwerpunktmäßig in die Rolle des Frachtführers, in dem er auf eigene Rechnung und damit auch auf eigenes Risiko die Versendung bewirkt. In diesem Moment kann aber der Versender die Beförderungstauglichkeit der Güter, die sich in der Obhut des Spediteurs befinden, gar nicht beurteilen. Dem Spediteur bleibt also trotz Beförderung des Guts im Weg der Sammelladung unter dem Aspekt der Art. 10, 11 CMR die Rolle des Absenders erhalten. Anders ist es in Hinblick auf die Art. 12 ff. CMR. Hier ist zu berücksichtigen, daß der Spediteur, soweit er auf eigene Rechnung handelt, auch wie ein Frachtführer auf eigenes Risiko handeln soll und wie ein Frachtführer Pflichten übernehmen soll⁶². Der Spediteur hat Weisungen als Geschäftsbesorger auf Rechnung des Versenders zu befolgen. Wird der Spediteur auf eigene Rechnung tätig, so besteht eher die Gefahr, daß mißliebige Weisungen nicht hinreichend beachtet werden⁶³. Da diese Weisungen auch den Transportablauf betreffen, befindet sich der Schwerpunkt des Weisungsverhältnisses im frachtrechtlichen Bereich. Es kommen daher unabdingbar die Art. 12, 14, 15, 16 CMR zum Tragen. Dabei übernimmt der Versender die Funktion des Absenders im Sinn der CMR. Auch Art. 13 CMR ist heranzuziehen. Zwar erwirbt der Empfänger einen Ablieferungsanspruch gegen den vom Spediteur eingeschalteten Frachtführer. Damit ist aber nicht dem Umstand Rechnung getragen, daß der Spediteur, der auf eigene Rechnung den Transport abwickelt, schwerpunktmäßig auf der Transportebene tätig wird. Dem entsprechen unabdingbar Beförderung und Einstandspflichten⁶⁴ für die Ablieferung, nicht jedoch eigenständige Beförderungs- und Ablieferungspflichten des Spediteurs. Der Spediteur hat somit nach Maßgabe des Art. 13 I 1 CMR nur dafür einzustehen, daß das Gut beim Empfänger abgeliefert wird. c) Fixkostenspedition § 413 I HGB verweist umfassend auf das Frachtrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 413 I HGB abdingbar. Die CMR bleibt jedoch zwingend auf die Fixkostenspedition anwendbar, soweit sich der Spediteur mit der Fixkostenabrede schwerpunktmäßig in die Rolle des Transportunternehmers begibt. Insoweit kann weitgehend auf das zum Selbsteintritt und zur Sammelladungsspedition Ausgeführte verwiesen werden. Fraglich ist, ob auch der Abschluß des Vertrages, die Ausstellung des Frachtbriefs, die Haftung des Versenders für die Beförderungstauglichkeit, die Haftung für die Vor- und Nachlagerung anhand der CMR zu beurteilen sind. Es ist daher zu prüfen, ob die Fixkostenabrede dazu führt, daß auch diese Tätigkeitsbereiche schwerpunktmäßig auf der Ebene der Frachtführertätigkeit liegen. Die Fixkostenabrede hat - wie gezeigt - zur Folge, daß der Spediteur stärker seine eigenen Interessen in den Vordergrund rückt. Die daraus dem Versender drohenden Gefahren kann man dadurch bannen, daß man dem Spediteur, der sich weitgehend in die Rolle des Transportunternehmers begibt, voll die Rechte und Pflichten eines Frachtführers auferlegt. Damit würde man jedoch dem Umstand zu wenig Beachtung schenken, daß auch der Fixkostenspediteur nicht den Transport, sondern nur die Organisation des Transports versprochen hat. Dem Ziel, den Fixkostenspediteur entsprechend seiner Übernahme der Frachtführerrolle dem Frachtrecht zu unterwerfen, genügt man, wenn man ihm voll die mit der Frachtführertätigkeit verbundenen Risiken auferlegt. Damit ist keine Delkredere-Haftung gemeint, sondern eine im Rahmen der CMR unabdingbare persönliche, primäre Haftung für Schäden, z. B. für Schäden i. S. der Art. 17 ff. CMR. Diese Haftung ist nicht in Parallele zu § 1 V KVO auf die eigentliche Phase des grenzüberschreitenden Transports beschränkt; denn die Fixkostenabrede

erzeugt auch die Gefahr, daß Güter beim Spediteur länger riskanter gelagert oder häufiger umgeschlagen werden, als wenn die Güter auf Rechnung des Versenders befördert worden wären⁶⁵. Der Spediteur muß daher die Risiken des Vorlaufs, Nachlaufs und des Umschlags wie ein CMR-Frachtführer übernehmen. Dagegen besteht wegen der Fixkostenabrede auf den ersten Blick wenig Anlaß, den Fixkostenspediteur auch den Vorschriften über den Frachtbrief zu unterwerfen. Der Fixkostenspediteur verspricht nämlich nur die Organisation des Transports. Immerhin läßt sich bei der Fixkostenspedition wegen des Handelns des Spediteurs auf eigene Rechnung ein dem normalen Absender vergleichbares Interesse des Versenders an der Klarstellung der Verhältnisse nicht bestreiten. Dasselbe ist angesichts der verschärften Haftung zugunsten des Spediteurs zu sagen. Daher sind die Art. 4 ff. CMR mit Ausnahme des Art. 7 CMR zwingend analog anzuwenden. In die gleiche Richtung weist die englische, belgische und teilweise die holländische Rechtspraxis, die den Fixkostenspediteur in vollem Umfang als Frachtführer im Sinn der CMR behandelt. Hält man sich im Einklang mit dieser englischen, belgischen Auslegungspraxis, so sind auf den Fixkostenspediteur ebenfalls die Vorschriften der CMR über das Weisungsrecht sowie die Rechte des Empfängers anzuwenden. Gleiches gilt dann auch für den Versender in Anbetracht der Pflichten und der Haftung des Absenders (Art. 7, 10, 11 CMR). Vertritt man dagegen die Auffassung, daß man den Geltungsbereich der CMR nicht voll auf den Fixkostenspediteur ausdehnen dürfe, so tritt allerdings nach den allgemeinen Grundsätzen über die Behandlung typengemischter Verträge der Versender als Vertragspartner des Fixkostenspediteurs nicht deshalb aus seiner Rolle als Versender heraus, weil der Spediteur auf eigene Rechnung handelt. Die Pflicht des Spediteurs zur Interessenwahrung wird dadurch nicht beseitigt, sondern durch die Übernahme des Risikos der Abwicklung des Beförderungsvorganges ergänzt. Der Fixkostenspediteur bleibt daher als Spezialist der Organisation von Transporten verpflichtet, für die Transporttauglichkeit des Guts und die notwendige Ausstattung mit Papieren zu sorgen. Etwas anderes gilt, falls § 413 I HGB nicht abbedungen wird, weil dann die speditiionsrechtlichen Elemente gem. § 413 I HGB total verdrängt werden. V. Zusammenfassung 1. § 412 HGB ist weder beim echten noch beim unechten Selbsteintritt abdingbar. 2. § 413 HGB ist abdingbar. Das hat allerdings nicht zur Folge, daß die CMR nicht zum Tragen kommt. Vielmehr sind dann die wesentlichen Regeln der CMR, insbesondere die Haftungsnormen, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Behandlung von gemischten Verträgen heranzuziehen. Diese allgemeinen Grundsätze sind als Grundsätze der Rechtsgewinnung unabdingbar. Die Anwendbarkeit der zwingenden Regeln der CMR kann daher vertraglich nicht

Fußnoten:

1 BGHZ 38, 150 = VersR 62, 1171; 65. 340 (342) = VersR 76, 433 (434); 83, 96 = VersR 82, 543; BGH VersR 72, 873 = NJW 72, 1003; 72, 431 = NJW 72. 866.

2 BGHZ 65, 340 (343) = VersR 76, 433 (434).

3 Vgl. Helm in Großkommentar zum HGB 4. Aufl. §§ 412, 413 Rdz. 5, 6 m. Nachw. zum Streitstand; Schneider TranspR 87, 329.

4 Bischof VersR 76, 305; 81, 708; Mälzig VersR 79, 714; Roesch VersR 81, 890 (892).

5 Roesch VersR 81, 890.

6 Schmidt VersR 75, 984 (987); Roesch VersR 81, 913 (914); Bischof VersR 81,708 (710).

7 Helm TranspR 84, 265 (266); Helm aaO (Fn. 3) §§ 412, 413 Rdz. 6.

8 Dazu unten bei Fn. 25.

9 Bischof VersR 79, 691 (695).

10 Bischof VersR 79, 691 (695).

11 Bischof VersR 79, 691 (695).

12 Lengtat VersR 85, 210; Bischof VersR 81, 708.

13 Verfehlt ist es, die gesetzliche Konzeption der Spedition durch die heute gängige Vorstellung über speditionelle Tätigkeit, wie sie sich in §§ 1 f. ADSp niedergeschlagen hat, zu ersetzen und offen oder unterschwellig das gesetzliche Leitbild der Spedition gegen den Spediteurbegriff im Sinn der ADSp auszutauschen. Vgl. de la Motte in Der Spediteur als Frachtführer 1979 S. 58 f. Das gesetzliche Leitbild ist heute nach wie vor für die Auslegung und Rechtsfortbildung verbindlich.

14 Larenz, Schuldrecht II 12. Aufl. § 62 II; Medicus, Schuldrecht II 2. Aufl. § 121; Esser/Schmidt, Schuldrecht I 6. Aufl. § 12 II; Leenen, Typus und Rechtsfindung 1971 S. 177 ff.; Söllner in Münch. Komm. zum BGB 2. Aufl § 305 Rdz. 45.

15 Larenz aaO (Fn. 14) § 62 II c.

16 Leenen aaO (Fn. 14) S. 187.

17 Larenz aaO (Fn. 14) § 62 II a, c, i; Söllner aaO (Fn. 16) § 305 Rdz. 45; Esser/Schmidt aaO (Fn. 14) S. 185.

18 Leenen aaO (Fn. 14) S. 186 f.; Larenz aaO (Fn. 14) § 62 II a S. 427.

19 Leenen aaO (Fn. 14) S. 138; Medicus aaO (Fn. 14) § 121 II 2 b; Larenz aaO (Fn. 14) § 62 II c S. 430 f.; vgl. auch BGHZ 47, 202.

20 Staub/Koller, Großkommentar zum HGB 4. Aufl. § 383 Rdz. 5.

21 Dazu bei Fn. 25.

22 Zutreffend Schmidt VersR 75, 984 (986).

23 S. bei Fn. 35.

24 Heuer in Der Spediteur als Frachtführer 1979 S. 37 ff.; Pöttinger VersR 84, 502 (503); Schmidt VersR 75, 984 (987). Dies gilt erst recht, wenn er sich verkalkuliert hat. Deshalb vermag der Vorschlag

Helms (in Der Spediteur als Frachtführer 1979 S. 24), den Spediteur aus der zwingenden Haftung zu entlassen, wenn er weniger als eine angemessene Provision einnimmt, nicht zu überzeugen.

25 Von Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB 1858 S. 777, 1223.

26 Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß die Vereinbarung fester Kosten primär im Interesse der Versender liege (so schon bei der Beratung des ADHGB; dazu v. Lutz aaO <Fn. 25> S. 1224); denn dies zeigt nur, daß von seiten der Nachfrager (Versender) nur mehr wenig Bedarf an einer im Kern spezifisch speditionellen Tätigkeit besteht. Der geschwundene Bedarf an eigentlichen Speditionsleistungen rechtfertigt es nicht, die Spedition als Vertragstyp, der sich überlebt hat, dadurch am Leben zu erhalten, daß man die Verlagerung der Schwerpunkte zum Frachtrecht hin ignoriert. Es würde auch kaum jemand auf die Idee verfallen, auf Leasingverträge anstatt im Schwerpunkt Mietrecht Kaufrecht mit dem Argument anzuwenden, daß die Leasingnehmer früher gekauft statt geleast hätten.

27 Das Argument, der Wettbewerb verhindere, daß Spediteure weniger qualifizierte Frachtführer einschalten, mag in Zeiten intensiven Wettbewerbs und für marktkundige Versender von Bedeutung sein. Eine privatrechtliche Norm kann aber nicht von der Intensität des aktuellen Wettbewerbs abhängig gemacht werden. Außerdem muß sie auch weniger marktkundige Vertragspartner schützen.

28 OLG München BB 55, 682; Staub/Koller aaO (Fn. 20) § 383 Rdz. 21 m. Nachw.

29 RGZ 94, 66; 101, 380; BGHZ 8, 222; BGH WM 55, 1588; DB 75, 589; Staub/Koller aaO (Fn. 20) § 383 Rdz. 20 m. w. Nachw.

30 Merz VersR 82, 213 (216).

31 Von Lutz aaO (Fn. 25) S. 778 f., 1223.

32 Eine Ausnahme gilt in den Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. der wirtschaftlichen Unmöglichkeit.

33 § 409 HGB; vgl. v. Lutz aaO (Fn. 25) S. 1223.

34 Dabei müßte noch die Schwierigkeit überwunden werden, daß die Parteien keine Provision vereinbart haben.

35 Denkschrift zum Entwurf eines HGB 1897 S. 262.

36 Ablehnend Schmidt VersR 75, 984 (987); Bischof VersR 76, 305.

37 Im Ansatz richtig Bischof VersR 76, 305. Von daher liegt es nahe, § 413 HGB im Wege der teleologischen Reduktion dann nicht anzuwenden, wenn Versender und Spediteur den Transport durch die Bahn vereinbaren. Eine Restriktion des § 413 HGB wäre jedoch nur dann zulässig, wenn in diesem Fall keinerlei Verwandtschaft zum Frachtgeschäft bestünde. Dies wäre dann zu bejahen,

wenn die Bahn dem Spediteur ohne jeden Spielraum Preise und sonstige Konditionen vorgeben würde, da der Spediteur dann, gleichgültig, ob auf eigene oder auf fremde Rechnung, in gleicher Weise handeln würde. Dies ist im Bereich der Bundesbahn nicht der Fall; denn z. B. die §§ 86, 83 I c EVO eröffnen Spielräume, die sich zu Lasten des Versenders auswirken können. Eine Differenzierung nach Transporten, bei denen die Tarife keinen Spielraum gewähren, und Transporten, bei denen Spielraum besteht, verbietet die Vereinfachungsfunktion des § 413 HGB. Eine derartige Differenzierung ist jedoch dort vorzunehmen, wo § 413 HGB abbedungen worden ist und anhand der allgemeinen Grundsätze über die Behandlung gemischter Verträge zu prüfen ist, inwieweit Eisenbahnrecht auf den Spediteur anzuwenden ist.

38 Unzutreffend Bartels VersR 80, 611. Richtig Herber VersR 81, 993 (995); Merz VersR 82, 213 (217).

39 Dies verkennt Merz VersR 82, 213 (217).

40 Zu weit daher Bartels VersR 75, 598; 80, 611.

41 Allerdings kann die Ratio der zwingenden Normen eine Restriktion rechtfertigen. Sind z. B. bestimmte Normen nur deshalb für zwingend erklärt worden, um gewisse wirtschaftspolitische Ziele abzusichern, und können diese Ziele durch gemischte Verträge nicht gefährdet werden, so sind diese Normen im Rahmen der gemischten Verträge als dispositiv anzusehen; s. bei Fn. 56.

42 Dies übersehen Bartels VersR 75, 598; Heuer VersR 80, 63; zu weitgehend daher auch Herber VersR 81, 993 (995).

43 S. bei Fn. 20.

44 S. bei Fn. 35.

45 Vgl. BGH VersR 75, 610 (611) = NJW 75, 1597 (1598); Kropholler, Internationales Einheitsrecht 1975 S. 292 ff.

46 In diese Richtung argumentiert Lengtat VersR 85, 210 (212).

47 Die englische und französische Fassung sind verbindlich.

48 Das übersieht Knorre VersR 80, 125.

49 Tetroc Ltd. v. Cross Con (International) Ltd. 1981 1 Lloyd's Rep. 192; dazu Hill/Messent, CMR London 1984 S. 6 ff; Clarke, International Carriage of Goods By Road: CMR London 1982 S. 16 f.

50 Ulster-Swift Ltd. v. Taunton Meat Haulage Ltd. 1977 Lloyd's Rep. 346 = ETR 77, 138; dazu Hill/Messent aaO (Fn. 49) S. 4 f.; vgl. ferner Queens Bench Division ETR 84, 411.

51 Putzeys, Le contrat de transport routier de marchandises Brussel 1981 Rdz. 69, 74 ff., 80 m. Nachw.; Cour d'appel de Bruxelles ETR 69, 141; Hof van Beroep de Brussel ETR 69, 937; 69, 943; 73, 503; 74, 608; Gerechtshof, s Gravenhage ETR 69, 1046; Libouton ETR 73, 2 (6 ff.).

52 Arrondissementsrechtbank te Rotterdam ETR 71, 273; Libouton ETR 73, 2 (12) m. Nachw.; anders Gerichtshof te Amsterdam ETR 69, 151; Kantongerecht te Rotterdam ETR 70, 79; anders auch das französische Recht: Cour de Cassation de France ETR 83, 207; Cour d'Appel de Rouen ETR 72, 1040; Rodière Revue trimestrielle de Droit Commerciale 71, 177.

53 Dies übersieht Lengtat VersR 85, 210 (212).

54 BT-Drucks. III/1144 S. 33.

55 Dagegen sprechen auch nicht schlagende ökonomische Gründe. Wenn Bischof VersR 79, 691 (697) vorbringt, daß der Spediteur nur selten mit Erfolg Regreß nehmen kann, so ist einzuwenden, daß der Spediteur die Rolle des Spediteurs i. S. der §§ 412, 413 HGB nicht übernehmen muß. Es mag sein, daß die Kunden auf Fixkostenvereinbarung drängen. Wenn alle Anbieter diese Form des Angebots, zumal auf bestimmten Strecken, als zu riskant empfinden, so stößt die Nachfrage eben auf ein zu geringes Angebot. Möglicherweise führen erhöhte Preise zu einer Vergrößerung des Angebots. Ineffizient wird die Anordnung zwingender Haftung erst dort, wo die Spediteure risikoscheu sind und die Versender in voller Kenntnis des Risikos risikofreudig sind bzw. höhere Transportversicherungsprämien in Kauf nehmen würden, um die Sicherheit einer Fixkostenabrede zu erlangen. Bislang ist nicht empirisch bewiesen, daß die Versender eher als die Spediteure risikofreudig sind bzw. daß sie an einer Minimierung der Versicherungsprämien nicht interessiert sind, zumal die §§ 18, 20 ADSp die Kalkulationssicherheit der Versender nicht unerheblich einschränken. Die Spediteure können überdies dem Wunsch der Versender nach Kalkulationssicherheit auch dadurch entgegenkommen, daß sie die Rolle des Geschäftsbesorgers beibehalten und zusätzlich die maximale Höhe der Aufwendungen garantieren. Das Argument, daß deutsche Spediteure wegen höherer Kostenbelastung nicht konkurrenzfähig seien, leuchtet deshalb nicht voll ein, weil deutsche Unternehmen ja auch mehr "Leistung anbieten" (Heuer aaO <Fn. 24> S. 44 f.; vgl. aber Basedow, Der Transportvertrag 1987 S. 489). Im übrigen scheint die Rechtsentwicklung ohnehin in die vom BGH eingeschlagene Richtung zu gehen. Am problematischsten ist die Existenz von Doppelversicherungen. Die Doppelversicherungen müssen aber nicht notwendig kostentreibend wirken (vgl. Koller TranspR 86, 357 <364>).

56 Medicus aaO (Fn. 14) S. 249; Larenz aaO (Fn. 14) S. 431; Leenen aaO (Fn. 14) S. 132 f.

57 Kropholler aaO (Fn. 45) S. 218; ähnlich Rodière ETR 71, 574 (590).

58 Loewe ETR 76, 503 (593).

59 BT-Drucks. III/1144 S. 46.

60 Vgl. § 20 II 1 GüKG.

61 S. bei Fn. 20.

62 S. bei Fn. 25.

63 Schmidt VersR 75, 984 (986).

64 Der Spediteur hat daher das Verzögerungsrisiko voll zu tragen (Art. 17 CMR).

65 Dies übersehen Schmidt VersR 75, 984 (987); Roesch VersR 81, 890 (891 f.). Die Haftung für Lieferfristverzögerung schließt diese Gefahr nicht voll aus; denn das Haftungsrisiko ist begrenzt (Art. 23 V CMR) und die Lieferfrist kann gem. Art. 19 CMR dem Spediteur Spielräume eröffnen.